POR DON IVAN ADALID BARBA,

Clerigo de menores Ordenes de la Ciudad de Carmona.

CON LOS OPOSITORES

a la Capellania que en la Iglesia de Santiago de la dicha Ciudad, fundò y dotò Anton Garcia de san Anton vezino de la dicha Ciudad.

COncurren a la oposicion dela Capellania q̃ enla Iglesia de Santiago de la dicha Ciudad de Carmona fundò dicho Anton Garcia, Don Antonio Barba Presbytero, Don Antonio Barba Soriano Clerigo de Menores Ordenes, Don Luis Romero Tamariz Clerigo de menores Ordenes, Alonso Barrasa Presbytero, Don Luis Barba de Sanabria assimesmo de menores Ordenes, Pedro Nauarro, de Menores, Don Christoual Laso de la Vega, de Menores Ordenes, y Don Joan Adalid Barba, de menores Ordenes; que aunque saliò a la oposicion por su proprio interes, estando el pleyto concluso con los demas opositores, fue admitido, y recebida la causa a prueba con el, que por no ser lo que oy se duda este punto, antes declarado assi por auto de V.m. y de la Audiencia Real des-

ta Ciudad, confirmado en el Articulo de fuerça, solo se tratarà del derecho de los opositores a la Capellania, y como le tiene de prelacion notoria dicho Don Iuan Adalid, para que se le aya de acudir con sus frutos, precediendo hazersele titulo, y collacion della, por ser el pariente mas cercano, que concurre del Fundador, y tener las demas calidades necessarias para obtenerla: lo qual se fundarà en los Articulos siguientes.

En el primero, que siendo, como es, y tiene probado dicho Don Iuan Adalid ser el pariente mas cercano, sexto nieto de Catalina Sanchez, prima hermana del Fundador, de quien pretenden ser descendientes los demas opositores; y el que mas prueba, solo es ser septimo nieto suyo, y no pretende mas, ha de ser preferido, aunque no llame al mas cercano pariente el Fundador, sino simpliciter, & absolutè pariente.

El segundo, si basta que sea dicho don Iuan de Adallid Clerigo de menores Ordenes, por no ser esta Capellania Presbiteral, nec aptitudine.

El tercero, si esta qualidad de menores Ordenes basta que la tuuiesse dicho don Iuan de Adalid al tiempo que se opuso a esta Capellania, y pidiò se le hiziesse titulo y collacion de ella, aunque al tiempo de la vacante no lo fuesse.

El quarto, si el nombramiento que los Iurados de la Collacion de Santiago de la Ciudad de Carmona hizieron en don Antonio Barba de Gongora, vno de los opositores, le dà algun derecho de prelacion, o si fue ninguno, por no le auer hecho cõforme a la forma de la fundacion, y a la volũtad y llamamiẽtos del Fũdador. En los quales, y en cada vno se fundarà su derecho de don Iuan, y juntamente se satisfarà a lo que en contrario se le opone por los demas opositores.

Primus Articulus.

1 SVponese en este primer Articulo, que el Fundador en la fundacion dize estas palabras: *Y tengo por bien, que si de mi linage huuiere Clerigo de buena vida, que quisiere seruir la dicha Capellania, que la aya el tal Clerigo mi pariente, y la sirua antes que otro algun estraño.*

2 Lo segundo se supone, q̃ el dicho D. Iuan Adalid tiene probado ser el pariente mas cercano del Fundador; porque todos los opositores pretenden el parentesco por descendientes de Cata-

lina

lina Sãchez q̃ se prueba auer sido Prima hermana del Fundador y el q̃ mas pretẽde y le parece q̃ prueba, es ser septimo nieto suyo, y el dicho Don Iuan prueba ser sexto nieto con distincion de grados, como se requiere quando se deue probar en concurso de Parientes ser mas cercano; lo qual se remite al hecho de las informaciones, sin que en ellas conste se le pueda oponer defecto juridico.

3 Supuesto pues lo dicho, de la suerte que qualquier Pariente tuuiera prelacion a otro qualquier estraño, de la misma manera Don Iuan la tiene, por Pariẽte mas cercano, entre los demas opositores menos Parientes y mas remotos en grado: quoniã licèt simpliciter vocatus fuerit consanguineus cum prælatione ad extraneum, proximior præfertur ex tacita voluntate, & cõiectura ta Fundatoris, quia maior affectio habetur ad proximiorem consanguineum. Vulgata l. cum ita 13. § in fideicommisso de leg. 2. ibi: *Et qui ex his primo gradu procreati sunt.* Melior tex. in l. peto. 81. § fratre eodem titulo, vbi Papinianus rem expræssit, ibi: *Quid ergo si non sunt eiusdem gradus ita res temperari debet vt proximus quisque primo loco videatur inuitatus.* Et ita testantur multis que exornant Valascus. 2. tomo consultatione 25. Thesaurus decisione Pedem. 64. Gama decisione 7. cum multis congestis à Flores de Mena in additionibus, ibi Anton. Gom. in l. 40. Thaur. à n. 40. Corduba in sũma quęst. 72. vbi inquit, quod si pauperibus consanguineis relinquatur legatum, debet præferri proximior remotiori etiam pauperiori, quia magis dilectus videtur. Idem Ludouicus Lopez in instruct. conscientiæ 5. tom. ca. 137. & 2. tom. 1. parte à 107. Manuel Rodriguez in summa 5. tom. cap. 197. num. 7. Peralta in l. vnum ex familia. § si de falcidia num. 13. de leg. 2. Azeuedo consi. 16. à nu. 12. & 16. Mantica de coniecturis lib. 8. titu. 12. num. 15. Mieres de maioratu 1. part. quęst. 72. & multi cumulati à Nicolao Garcia de benefitijs 7. parte cap. 15. à num. 16. ibi. *Primum dubium est quando vocantur consanguinei fundatoris ad Beneficium, seu Capellaniam, an satis sit præsentare quemlibet consanguineum fundatoris, licèt non sit proximior.* ex. l. vnum ex familia § si de falcidia de leg. 2. &c. num. 17. concludit proximiorem esse præferendum, licèt alius remotior in gradu fuerit à patrono præsentatus (que son los terminos mismos en indiuiduo del caso deste pleyto) idem tenent Perez de Lara de Cappellaniis lib. 2. cap. 2. num. 7. Gutierrez lib. 2. pract. qq. quęst. 77. num. 3. & lib. 2.

lib.2.Canonicarum cap.11.num.38.& consi.26.ex num.11 Zauallos pract. quęst. 905. ex num. 42. & latissimè cum multis Parladorius lib.3.rerum cotid. definitione 120.ex num.16. qui omnes firmant sine controversia proximiorem consanguineũ præferendum in Cappellania, ad quam inuitantur simpliciter consanguinei, non obstante præsentatione Patroni de remotiori; & fulcitur ex.l.vlti.C.de verb.significatione,& ex l.1.in fine C.de secundis nuptiis.

4 Y assi se presume ex affectu coniecturato testatoris, vnde censetur expressum cum si interrogatus fuisset fundator, credẽdum est verosimiliter id voluisse, glos.in.l.tale pactum.§.fin. de pactis verbo per exceptionem, nec in merito, nam dispositio semper interpretatur ex verosimili mente disponentis. l. Titius §. Lutius de lib. & posthum.l.cum res de leg.1. *Propinquior enim sanguinis coniunctio vinculum fortius consanguinitatis inducit.* l. quoties de vsufr. Prudens enim consilium testantis attenditur in dispositionibus vltimis.l.Lutius la 2. de hæredi. instit.exornant multis ad quæstionem nostram.Alex.in.l. Centurio.num. 1595. de vulg.Zauallos dict.q.905.nu.44.& ex scholast.theoricis Hotomanus illustrium quæstionum quæst. 13. latissimè Anto. Fab. de erroribus decade 26. errore 1.cum sequentib. Costa in cap. si pater, verbo si absque liberis .1. parte nu.54. & in §. posthumus inst. de leg.num. 14.versi.hinc etiam.

5 A esta misma conclusion miran otras muchas reglas, y doctrinas, como son quod maior ratio coniunctionis semper mouet testatorem.l.cõficiuntur.l. quidam referunt de iure codicillorum, ibi. *Sed ideo fideicommissa dari possunt ab intestato succedentibus quoniã creditur paterfamilias spõte sua his relinquere legitimam hæreditatẽ.* Quien duda que al mas proximo la ley dà la herencia ab intestato por la presunta mente del difunto, que se entiende lo quiso assi, exornant eleganter Pinellus in.l.1. 1. parte num.72. de bonis mat. Menochius lib.4.præsumpt.27. Benedictus Pinel. lib.1.select.cap.4. n.23.

6 Y baste para apoyo de conclusion tan firme y cierta el juizio de Papiniano in.l.cum auus.101. de condit.& demonst. vbi cũ patruus vocatus fuisset ad fideicommissum relictum consobrino nepoti testatoris, si intra annos triginta moreretur, inquit eleganter defecisse conditionem fideicommissi susceptis liberis â nepote, etiã si intra eam ætatẽ moreretur illa ratione, quoniã

coniectu-

conjectura pietatis credendum est minus fuisse scriptum, quàm dictum. Iuyzio que le valio al Consulto alçarse con el renombre de varõ agudissimo de ingenio ab Imp. in. l. cũ acutissimi C. de fideicommiss. exornant Costa in. d. cap. si patet, verbo si absque. n. 4. Valascus. q. 50. n. 24. La qual conjectura es tan fuerte, q̃ no recibe, segun la opinion de muchos probança en contrario, que refieren Peregrino de fideicommiss. art. 11. n. 24. Cardin. Mãtica lib. 10. tit. 8. de conject. ex. n. 16.

7 Contra este fundamento tan solido y cierto por la justicia de dicho Don Iuan de Adalid, parece que segun se colige de algunas peticiones de los opositores, se opone que no procede en este caso, en el qual el Fundador dexa libre voluntad y eleccion para que los Patronos a quien nombra, puedan nombrar Capellan, como parece de la clausula de la fundacion, ibi: *A los quales dichos Iurados otorgo libre y general cumplido poder, para que ellos para siempre, con consejo de los dichos feligreses vezinos de la dicha Collacion, pongan Capellan, é Capellanes que sirvan la dicha Capellania, y que el Capellan ó Capellanes que ovieren de poner, que sean qual ellos entendieren que cumpla al servicio de Dios, y honra de la dicha Iglesia, &c.* De adonde parece que se infiere, que la clausula siguiente en que dize tiene por bien se nombre a la dicha Capellania persona que huviere de su linage, que la sirva antes que otro ningun estraño, sea tal que se cumpla con nombrar los Patronos qualquier Pariente, aunque no sea el mas cercano; pues en otra manera no fuera visto dexarseles libre y general poder para nombrar Capellan. Por este fundamento que parece en la corteza el mas fuerte, podrâ ponderar Don Christoual Laso, vno de los opositores que oy se halla presentado a la Capellania, por muerte de Don Antonio Barba de Gongora difunto, que tuvo primero dicha presentacion, ponderar dos decisiones al parecer cortadas a la medida de esta ponderacion. La vna la de la ley cùm quidam. 24. de leg. 2. vbi Vlpianus inquit, quod si quis ita fideicommissum relinquat, rogo restituas liberis meis, quibus voles hæredem posse, etiam indignũ preferre ex Marcelli sententia. El segundo es de Papiniano in. l. vnum ex familia. 69. §. si de falcidia, inquit Papinianus, non debere hæredem eligere proximiorem, vt constat ibi: *Itaque si cùm fortè tres ex familia eius essent, qui fideicommissum reliquit eodem, vel dispari gradu, satis erit vni reliquisse, nam postquam paritum est voluntati, cæteri conditione deficiunt.* Luego pues los Patronos nombraron vn pariente, cæteri conditione deficiunt, etiam si proximiores sint.

Y la

8 Y la razõ de Papiniano es elegante (como ſuya) ibi: *Non enim*
facultas neceſſariæ electionis propriæ liberalitatis beneficium eſt: quid enim
quod de ſuo videtur reliquiſſe, qui quod reliquit omnimodo redere debuit. Pa-
labras de que ſe podrà aprouechar Don Chriſtoual Laſo, que ſe
halla, ſegun pretende, de la familia o linage del Fundador, y la
preſentacion de los Iurados Patronos, pues ſi debieran eſtos co-
mo tales preſentar a Don Iuan de Adalid, como mas cercano pa
riente, no fuera tener libre poder para nombrar (auiendole da-
do el Fundador) ſino neceſsidad ſin liberalidad ſuya, y no ſe de-
biera entender que ellos nombrauan, ni dauan nada, ſino el pri
mer Fundador, quoniam nemo in neceſsitatibus liberalis exiſ-
tit. l. rem legatam de adimendis legatis. Eſta razon de Papinia-
no dio, aunque por otro lenguage, Cayo en ſemejante caſo, in. l.
vtrùm. 8. § cùm quidam de rebus dubijs, ibi: *Nec enim in arbitrio*
eius qui rogatus eſt, poſitum eſt, an omnino vellit reſtituere, ſed cui potius reſti-
tuat. Et ibi: *An poſita neceſsitate dandi ſoli ei; diſtribuendi liberũ arbitriũ*
concedat. Conque dizen los Patronos, y el preſentado por ellos:
Bien es aſsi que el Fundador no dexò en arbitrio y libre poder
de los Patronos dar eſta Capellania a quien quiſieſſen, eſtraño,
o pariente: pero entre los parientes dexò libre diſpoſicion y po
der para que la dieſſen a quiẽ quiſieſſẽ antes que a otro eſtraño,
a quien no pudieran darla auiendo qualquier pariente.

9 Con todo quanto ſe ha podido ponderar eſte fundamento cõ
trario, ſe ha ponderado porque mejor ſe conozca no es deſte ca-
ſo, aſsi entendiendoſe dichas leyes como proceden ſin poderſe
aplicar a eſte pleyto, como por las circunſtancias que ocurrierõ
en la preſentacion que hizieron los Iurados en dicho D. Chriſ-
toual Laſo, q le hizieron ninguno, y de ningun valor, ni efecto.

10 En quanto toca ad Conſultorum deciſiones, non obſtat in eis
cõſiderata, intelligũtur enim in ſpecie, vbi libera eligẽdi facul-
tas relinquitur hæredi, vt hereditatẽ reſtituat vni ex familia, cui
voluerit, vt conſtat ex. d. l. cùm quidam, ibi: *Liberis meis quibus vo-*
les, &c. in. d. § ſi de falcidia, ibi: *Non enim facultas neceſſariæ electio-*
nis; cum principio legis in. d. l. vtrûm. §. cùm quidam, ibi: *Vni ex*
hæredibus, cui ipſe vellit, reſtitueret, &c. Illuſtrant, & amplectuntur
omnes, Bart. Paulus Caſtrenſis, Albericus, Odofredus, & Hofre
dus, cæterique Pragmatici in dictis iuribus, Peralta in. d. §. ſi de
falcidia, Peregrinus de fideicommiſsis, art. 22. ex. n. 26. Zauallos
videndus lib. 1. pract. cap. 265. n. 6. &. 7. &. q. 905. n. 42. Gutierrez
lib. 2. pract. q. 77. Molina de Hiſp. primogenijs lib. 2. cap. 5. nu. 4.
&. 5.

&.5.& latius lib.2.cap.11.ex.n.35.vsq; ad.38.cum multis cōgestis ab eius additionatoribus ad dictum.n.4.&.5 dominus Ioannes del Castillo tom.6.cap.160.ex.n.12. Paz in tract.de tenuta, cap.34.n.113.cum seqq. Mieres de maioratu.q.72.n.6.Pater Molina de iust.& iur.tract.2 disput.594.n.2.ex theoricis, Ant.Fab. de errorib.decade.54.errore.1.3.&.4. Cuiatius lib.19.quęstionum Papiniani in.d.§.si de falcidia.

11 Y en los terminos indiuiduales deste pleyto y articulo, lo dixeron y afirmaron assi Nicolas Garcia.7.p.de benefic.cap.15.n.18.ibi: *Nec obstat.d.l.vnum ex familia.§.si de falcidia, quia illud procedit in specie, de qua ibi, quia fuit data electio hæredi, seu cōmissario, dicendo quod eligat quem vellet ex familia, seu quod relinquat vni de familia, cui voluerit; secus quādo testator simpliciter aliquid relinquit familiæ generi, seu parētelæ, aut consanguineis, quia tunc intelligitur gradatim, seu de proximiori, &c.*

12 Y mejor y mas ajustado al caso, Cauallos.d.q.905.n.42.&.43 ibi; *Quia licet verum sit quod habens electionem à testatore eligendi consanguineum, potest eligere proximiorem.* l.vnum ex familia de legat.2. & ibi: *Quia illud intelligitur quando datur absurdum facultas in liberum arbitrium, & Patroni voluntatem collata, quod non procedit in casu proposito, vbi electio non fuit data Patrono, sed simpliciter fuit dictum quod nominetur, & præsentetur consanguineum, quæ verba non denotant electionem absolutam, sed secundùm ius, in quo disponitur quod proximior præferatur, cum qua dispositione videtur testator se conformare, &c.* Y alega y junta muchos, q̄ assientan dicha doctrina; y el mismo Zauallos con exemplares vencidos en contradictorio juyzio, lo afirma, defiende y exorna pract.q.265.ex.n.4.cum seqq. que se puede y debe ver en el proposito.

13 Y porque no sea doctrina de interpretes, aunque tan graues, solo, sino decisiones de Derecho, bien claro lo dixo Papiniano in.l.cùm pater.§.à te peto marit.de leg.2.ibi: *Non esse datam electionem, sed ordine scripturæ factam substitutionem respondi.* Melior textus in.l.hæredes mei.§.fin.ad Treb.vbi eleganter idē subtilissimus Papinianus proponit maritum ab vxore ita reliquisse fideicōmissum; *Peto à te vxor charissima vti cùm morieris hæreditatem meam restituas filijs meis, vel vni eorum, vel nepotibus meis, vel cui volueris, vel cognatis meis sicut voles; respondit inter filios substitutionem fideicommissi factā videri, circa nepotes autem, & cæteros cognatos, facultatem eligendi datam.* De adōde se concluye por el Consulto, q̄ la madre no puede entre los hijos escoger, sino que todos los que quedaren, o vno si solo quedare, lleuaràn la herencia; pero en los demas la madre

tendria

tendra eleccion guardando los grados prescriptos, hoc est, que auiendo nietos del testador, podrà elegir los que quisieren que lleuen la herencia; y no los auiendo delos parientes, podrà hazer la elecciō, y no podrà ninguno de los nietos, o parientes por mas cercano que sea, pedirla, quitando la eleccion que el testador dio ala muger solo porque expressamente le dexò la elecciō, vt constat ibi: *Quam vellit personam eligere posse*. Y en los hijos aunque eligiesse a vno, sin embargo todos podran pedir la herēcia, aunque las palabras parezcā de absoluto poder dexado a la madre, ibi: *Peto á te vxor charissima vti cum morieris, hæreditatem meam restituas filijs meis, vel vni eorum*. La qual vltima palabra parece la dexò facultad paraque a vno pudiesse restituirla, dexando a los demas; nihilominus no es assi, porque no dexò expressamente cui volueris, y se entiende que si solo vno quedàre y se hallàre viuo muertos los demas al tiempo de la muerte de la muger, esse solo lleue el fideicommisso, sin que le obstasse lo dudoso, que podria ser si solo dixesse el testador hæreditatem meam restituas filijs meis, vt eleganter Doctores omnes ibi.

14 Luego pues en el llamamiento de parientes no se halla que a los Patronos el Fundador diesse eleccion para que escogiesse el que quisiesse, hase de entender secundū ius, al mas proximo, sin que pudiesse nombrar al mas remoto, segū todo lo referido, quod vltra relatos exornant doctissimè Gama decis. 2. n. 4. cum multis congestis à Flores de Mena in additionibus, ibi Molin. de Hispan. primogenijs lib. 2. cap. 12. n. 35. vers. sed verius videtur. Pater Molina disput. 55. & 56. Menochi. de arbitr. casu. 511. Gutierrez lib. 2. can. cap. 11. dominus Ioannes del Castillo vbi sup. tom. 2. cap. 26. num. 52.

15 Y no lo impide la clausula referida supra. n. 7. porque aquel poder y libre facultad que dà el Fundador a los Patronos para q̄ nombren, no obra eleccion alguna que le diesse, ni en ella era necessaria, ni podia surtir efecto alguno, porque no es inter personas, inter quas cadit affectio, como son pariētes mas o menos cercanos, sino entre estraños (y para estos no es necessaria se le dè eleccion que nombre a quien quisiere, sino que dexandoles poder para nombrar libre y general sin eleccion, puede nōbrar a quien quisiere) y solo quando dexa que nombre entre personas, inter quas datur affectio, como entre hijos, nietos, o parientes, ay la distincion referida, que se le dà eleccion entre hijos, puede nombrar el que quisiere, o entre parientes: y si no se le dà

està

està obligado a nombrar al mas proximo, secundum gradus ordinem ex dict. l. cum quidam dict. §. 11. de falcidia legis vnum ex familia. d. l. vtrum. §. cum quidam dict. l. hæredes mei. §. fin. vbi Bart. & cæteri notant etiam in summariis. Y quando llegò a llamar parienta en la clausula referida supra num. 1. no dio elecciō a los Patronos para que nombrassen el que quisiessé, como della parece: con que quedan las cosas en terminos de derecho comun, que es auer de nombrar al mas proximo, como lo es dicho Don Iuā, y que no valia el que hiziessen del mas remoto, ni puede surtir efeto alguno.

16 Ponderase tambien, que la eleccion que en vna clausula se dà, no se repite en otra, para que el Patrō pueda excluir al mas cercano pariente, y nombrar a la Capellania otro mas remoto: con que quando expressamente huuiera el Fundador en la primera clausula dado eleccion a los Patronos, que no dio, ni fue necessaria entre llamados estraños, ni surtia efecto alguno, no se auia de repetir en la clausula en que llama pariēte, para excluir al mas proximo, pro qua parte est singularis tex. in dict. l. hæredes mei. §. fin. ad Trebelianum, adonde las clausulas del testamēto de el marido que refiere Papiniano, pedian mas la repeticion de la eleccion, y sin embargo la niega Papiniano: dize el testamento. *Peto à te vxor charissima vti cùm morieris hæreditatem meam restituas filijs meis, vel vni eorum, vel nepotibus meis, vel cui volueris, vel cognatis meis sicut voles ex tota cognatione mea.* Todo lo qual està debaxo de vna contextura, y responde estas palabras: *Respondi substitutionem factam videri, circa nepotes autem, cæteros que cognatos facultatem eligendi datam.* De suerte que entre los hijos no tuuo eleccion la muger, sino que ad fideicommissum omnes admituntur vel vnus tā tum, si esse se hallare solo al tiempo de la muerte de la madre: pero de los nietos o parientes puede elegir vno, o mas, a quiē dexar la herencia: texto bien ageno de respuesta, demas de lo que traen los Interpretes todos citados.

17 Y quando lo dicho todo no fuera tan cierto como es, bastàra las nulidades que tiene el nombramiento del Iurado de la Collacion de la Yglesia de Santiago, en Don Antonio Barba Soriano, por no auer guardado la forma que el Fundador dio en la fundacion, y auer mas Patronos, como se fundarâ en el Articulo vltimo desta alegacion, por donde constarà no ser de momēto en ninguna manera dicha presentacion.

18 QVe la Capellania sobre que es este pleyto, no sea Presbyteral actu nec aptitudinem, sino que la puede tener Clerigo de menores Ordenes, aunque no tẽga edad para ordenarse de Presbytero intra annum, ex sequentibus comprobatur. Primo, quoniam à fundatore vocatur tantum capellanus (nũquam Præsbyter, nec Sacerdos) y quando llega a los parientes, dize: *Y tengo por bien que si de mi linaje huuiere Clerigo de buena vida que quiera seruir la dicha Capellania, &c.* y vno y otro llamamiento, assi el de Capellan, como el de Clerigo, se verifica y cumple en el de menores Ordenes, sin que sea necessario el que sea Presbytero actu vel aptitudine, cap. cum contingat, de ætate, & qualitate, Clement. 2. de vita & honestate clericorum. Y solo por la parte que tiene de ser la Capellania, Beneficio Ecclesiastico, y el Capellan Beneficiadore quiere menores Ordenes: nam Laico non potest conferri Beneficium Ecclesiasticum. c. 2. de institutionibus cap. ex literis de transactionibus Clement. quia contingit §. vt ante de Religiosis domibus, Tridentinum Concil. sessione. 23. cap. 6. de reformatione. Illustrant multis, Petrus Gregorius de Beneficijs. c. 36. Lara de Capellaniis lib. 2. ca. 5. in principio, Nicolaus Garcia de Beneficijs 7. parte cap. 1. ex nu. 5. Luego por la parte que repite el Fundador le nombre Capellan, no es Presbyteral actu nec aptitudine, y bastan menores Ordenes.

19 En la clausula en que dize: *Y tengo por bien que si de mi linaje huuiere Clerigo de buena vida, &c.* Menos quiso llamar Presbytero actu vel aptitudine, sino Clerigo de menores; porque la palabra Clerigo en el de primera tonsura, de edad bastante para tenerla, se verifica vulgaria iura in cap. 1. distinctione 11. glos. & Doctores in cap. 2. de præbendis. l. 1. in fine titu. 6. part. 1. & Imperatores interpretantur Clericos omnes qui diuino cultui ministeria Religionis impendant in. l. 2. C. de Episcop. & Clericis, in codice Theodosiano, & ita comprehenduntur omnes deseruiẽtes Ostiarios, Psalmistas, Lectores, Exorcistas, Acolitos, Subdiaconos, Diaconos. Diuus Isidorus lib. 7. orig. cap. 12. Iustinianus in nouella. 123. & in. l. 6. C. de Episcopis & Clericis.

20 Quod quidem notabile esse ad causas Capellaniarum, in quibus Clerici generaliter vocãtur, vt intelligatur de Cleric is primæ tonsuræ, testantur Zauallos pract. quæst. 524. ad finem, Nicolaus

colaus Garcia.7.p.de beneficijs,cap.1.§.1.n.90.Carrillo in itinerario ordinum,sectione.7.n.2. illustrant Caldas Pereira in.l.si cui dotem habens,verbo lexis.n.104.Mendez de Castro in.l.cũ oportet.C.de bonis quę liber.n.166. Rebuf. Lambertin. & alij in locis congestis à Nicolao Garcia vbi proximè,que son los terminos proprios deste pleyto,en que no nos detenemos por cierto y vulgar.

21 Contra lo dicho,para verificar que esta Capellania es Presbyteral saltim aptitudine,se pueden querer valer los opositores contrarios al dicho Don Iuan Adalid en la clausula de la fundacion,que dize estas palabras: *Y con tal condicion q̃ el Capellan sea obligado de dezir cada dia vna Missa rezada en la dicha Iglesia de Santiago por mi anima,y por las animas de mis padres y de todos mis difuntos,e fagan oracion sobre mi sepultura. Y si los tales Capellanes para la seruir fueren ocupados por dolencia,o en otra qualquier manera,que sean tenudos de hazer dezir dichas Missas a otro Clerigo,o Clerigos,&c.* De adonde infieren ser Presbyteral aptitudine saltim,pues en otra manera no podrà dezir el Capellan la Missa ni Oracion sobre la sepultura,y siempre la aurà de dezir por otro Clerigo;y no solo en caso de dolencia o otro impedimento,que fue solo en el que se lo permitio el Fũdador,& ita tenent vt cum Ferreto cons.305.Spino de testamentis glos.4.n.68. Gutierrez cons.1.n.11.& cons.2.n.15.Parlador. differentia.120.n.14. multi relati à Nicolao Garcia.7.p.de beneficijs.§.1.ex.n.78.vbi ita resolutum testatur pluries in Rota in vna Romana Capellan.19.Martij.&.14.Nouemb.anno.1586.coram Pamphilio,& in Luccana Capellaniæ.4.Decemb.1595.coram Gipsio,quas ad vnguem refert.

22 Pero este fundamento en los terminos deste pleyto,y de la dicha fundacion,y lo que ya en este punto estâ nueuamente declarado por la Congregacion de los Eminentissimos Cardenales,no tiene fuerza alguna;porq̃ entre quatro opiniones y sentẽcias contrarias que ay sobre la question,scilicet: *Vtrûm Capellania sit sacerdotalis actu,vel aptitudine?* la quarta es la cierta. Verba sunt Nicolai Garcia supra n.85. que resueluen en terminos este articulo en fauor del dicho Don Iuan de Adalid,ibi: *Quarta sententia vera,& tenenda est Capellaniam non esse Sacerdotalem nec actu,nec aptitudine ex eo quod in fundatione dicatur Capellanum debere celebrare Missas,seu diuina Officia,sed posse prouideri simplici Clerico.14.annorum.* Y luego la va fundando numeris sequentibus his enucleatis rationibus,prima, *Quia nisi expressè caueatur quod per se ipsum hoc agat,satis cẽsetur*

fetur prouisum voluntate fundatoris si per alium celebrare faciat, nec requiritur personalis residentia, quæ ex generali consuetudine in beneficio simplici nõ requiritur. Gonçalez ad regulã.8.glos.5.n.80.& glos.15.n.26. Zerola in prax. Episcopal.1.p. vers. priuatio .§.4. Nicolaus Garcia de benef.3.p.cap.2.à num.3. Zectins de repub.cap. de Beneficiatis n.4.vers. ad dignoscendum, Azeuedus consl.2.n.4.

23 Secunda, quia sic censuit Congregatio Concilij in vna Parmens. his verbis: *Episcopus non potest cogere obtinentem Capellaniam, vt ipsemet celebret, licét in eius fundatione disponatur quod Rectores celebrent, nam istis honoribus Missarum rectè per substitutum satisfit.* Alia, *habens Capellaniam, non tenetur promoueri ad Sacerdotium, nisi in fundatione cautum sit vt Capellanus per se ipsum celebret, sed debet iurare vt per alium Missæ in illa celebrentur, nec personalem residentiam requirit, nisi aliter in fundatione cautum esset.* Et in vna Aquiliana, & in alijs decisionibus Rotę Romanæ, quas refert & sequitur, & tandem est approbata per sanctam Congregationem Cardinal. sup. cap.5. sess.25. de reformatione. Prima potest conferri simplici Clerico capella. habens onus celebrandi Missas, nisi in fundatione cautum sit, vt per se ipsum celebret. Secunda, quæ fuit in causa Abul. decisa, vt per Nicolaum Garciam supra n.93.& 99. qui quidem refert varias decisiones, & declarationes à num.85. vsque ad num.101.

24 Hanc sententiam amplectuntur post dictas decisiones Rotæ & declarationes Cardinalium, tenent sine controuersia Gonçalez ad reg.8. cancellariæ, glos.5. ex n.72. dicens ita fuisse nouissimè resolutum in Trason. Capellę.9. Iunij.1603. quoram Domino sacrato, vbi illa ratio fuit cõsiderata, *Quia illa verba qui celebret tot Missas, non respiciunt factum ipsum celebrationis ab ipsomet Capellano, nec obligationem Sacerdotis, sed potius sunt posita ad denotandum obligationem, & omnes quod ipse fundator Capellaniæ ponebat, & sufficit quod onus expresè non sit ita impositum Capellano, quod per alium explere non possit.* Et n.44. inquit, *hanc sententiam esse sine difficultate amplectendam, cum tam sancta Concilij Congregatio, quám multoties illam canonicauerit.* Sequuntur etiam Lara de Capellanijs lib.2.cap.5.n.8. Zerola d.§.7.4.&.5. concl.8. Marcus Antonius Genuens. in prax. Archiepiscopal. Curiæ Neapol. cap.24.n.11. dicens; *Notandum quod si testator mandauit quod eligatur Capellanus Sacerdos, tunc Sacerdos eligi debet; secus veró si dixerit quod Capellanus celebret, nam tunc potest huic oneri Missarum satisfieri per substitutum.* Lapus allegatione.116.&.117.& quod ita censuit sancta Congregatio, ac proinde potest conferri non Sacerdoti, & quod ita debet intelligi Lãbertin. d. art.27. & tãdẽ eandẽ sententiã tenet Gratian. discept.155.

Luc-

25 Luego siendo ya sin controuersia que despues de tantas opiniones como huuo en este Articulo, para assentar la verdad la Congregacion de los Eminentissimos Cardenales sobre el santo Concilio de Trento, declararon no ser la Capellania Presbyteral actu nec aptitudine, porque en la fundacion se diga que el Capellan diga tantas Missas, celebre el Oficio diuino, o haga Oracion sobre la sepultura; y q̃ vn Clerigo de Menores la puede obtener teniendo catorze años, cumpliendo por substituto con la dicha obligacion. Bien claro se ve que concurriendo en Don Iuan de Adalid todo lo dicho, como parece de los testimonios, y de ordenes que estan en el pleyto, que le assisten y cõcurren las qualidades de la fundacion.

Tertius Articulus.

26 LA Resolucion deste Articulo es tan cierta y comun, que en ella solo se pondra, como sin contradicion està recebida; y es que la qualidad del Clericato y la edad de los catorze años que se requiere para poder obtener Beneficio Eclesiastico por el santo Concilio de Trento sessione.23.cap.6. de reformatione, basta que D. Iuan de Adalid la tuuiesse, como cõsta la tenia por la fe del Baptismo, y titulo de Ordenes presentado al tiempo de la oposicion que hizo, aunq̃ no tuuiesse el Clericato al tiempo del Clericato: porque lo que està prohibido es que Beneficio Eclesiastico, como se juzga ser la Capellania collatiua, no se puede conferir a seglar mero no ordenado, saltim prima consura, y esto aun antes de la disposicion referida del santo Concilio de Trento. Que en quanto al requisito de auer de preceder Orden, no inouò cosa alguna, porque antes mucho estaua determinado por Derecho comun, cap. cùm contingat, de ætate & qualitate: exornat multis Nicolaus Garcia .7 p. de Beneficijs, cap. 1. à principio, & vltra eos cumulati multi à Zauall. practicar. quæst. 693. ex. n. 17. Bien se sigue que aun teniendo esta qualidad de ordenado al tiempo que la collacion se huuiere de hazer, es bastante, *Quia quoties qualitas aliqua requiritur ad admittendum, vel excludendum aliquem, sufficit si interueniat tẽpore admissionis, vel exclusionis, tunc ex regula quod qualitas adiuncta tempori debet regulari secundùm tempus verbi.* l. in delictis. 4. §. si detracta de noxalib. l. Titius de testamento militis: tunc etiam ex textu in cap. si eo tempore de rescript. lib. 6. bonus textus in l. 2. de excusat. tutorum,

ibi: *Tempore illo quo creantur*. Segun lo qual, y que el dicho D. Iuan se halla Clerigo al tiempo de la collacion que V.m. le mandarà hazer, segun fia de su justicia, y que mucho antes desde la oposicion tiene esta qualidad, quien duda que debe ser admitido? Hanc regulam & doctrinam exornant Zauallos vbi proximè n. 20. Ioannes Gutierrez cons. 1. n. 14. & 15. & cons. 2. n. 19. Rodericus Xuarez allegatione. 12. pag. 2. Auendaño in capitulis prætorum lib. 1. cap. 12. ex n. 13.

27 Y el que mas quiso estrechar este punto, solo pide la qualidad del Clericato, y edad al tiempo de la oposicion, quando pide que se le haga titulo y collacion de la dicha Capellania, vt in terminis Zauallos. d. q. 693. n. 20. ibi: *Et sic cùm Beneficium Ecclesiasticum non possit habere non ordinatus, sequitur quod illa qualitas Ordinis debet interuenire tēpore petitionis, cùm semper petatur in oppositione quod fiat collatio Capellaniæ, quæ non cadit in non ordinato, & sic illa qualitas Ordinis debet interuenire tempore petitionis, nec sufficit tempore prouisionis.* Glos. in Clem. vt ij, verbo constitutis de ætate & qualitate. l. fratres de pœnis. Y aun en terminos desta doctrina (que es rigurosa y no cierta, pues de la antecedente que pone Zauallos, solo se infiere que al tiempo de la collacion basta tener el Clericato, ex dictis supra num. proximo) el dicho Don Iuan de Adalid tiene conocido derecho, pues al tiempo de la oposicion y peticiō de la Capellania, se halla Clerigo y con edad.

28 Estas doctrinas solo se limitan y pueden faltar, quando la admission o exclusion mira al principio del acto, que entōces en èl se requiere la qualidad para ser admitido o excluido, como si dixesse la fundacion: *Vt ad Capellaniam præsentetur Sacerdos, vel cum alia qualitate ætatis, Clericatus, vel similis*, vt multis exornant supra relati, præcipuè Gutierrez, & Rodericus Xuarez, cæterique relati. Y en la fundacion de esta Capellania no se halla tal cosa, demas que Don Iuan de Adalid no se halla con presentacion del Patrono, sino con la del difunto, iūcta dispositione iuris, ex qua vt diximus in primo Articulo, proximior consanguineus præfertur cæteris, como al tiempo de la collacion no se halle mero seglar, que es lo prohibido, sino con las qualidades referidas. Conque nos escusamos en este Articulo de valernos de mas pōderaciones.

Quartus Articulus.

29 EN Este vltimo Articulo se ajustarà que la presentacion hecha por vno de los Iurados de la collacion de Santiago de la Ciudad de Carmona, en D. Christoual Laso, y otra de otro Iurado en Don Antonio Barba Soriano, fueron ningunas y de ningun valor ni efecto: conque no les pudo dar derecho alguno a los presentados, quod ex sequentibus satis in propatulo est.

30 Lo primero, porque poniendo el Fundador por forma que fuessen los Iurados que se hallassen en la collacion de Santiago, quien nombrasse Capellan en las vacantes de la Capellania, cõ consejo de los feligreses vezinos de la dicha Collacion, esta se debio guardar como substancial del acto; y sin auer interuenido fue nulo el nombramiento que cada vno hizo. Resoluunt Mauro Burgio de modo procedendi ex abrupto, centur. 1. q 71. ex. n. 13. Farinatius consf. 85. n. 153. Cardinalis Tuschus conclus. 490. litera L. n. 1. Vantius de nullit. ex defect. iuris ordin. n. 252. vers. si verò, & vers. si igitur; latè cum multis Menochius lib. 6. de præsumpt. præsumptione. 34. ex. n. 12. Ritio collect. decis. 94 ex. num. 4.

31 Y aunque es verdad que los feligreses no pueden nombrar como pueden los Iurados, pero para que surta efecto, y sea valida la eleccion y nombramiento que hizieren, ha ser de consilio Parrochianorum, cap. vnico §. 1. ne sede vacante, lib. 6. Tradũt Rebuf. & plures cumulati à Barbosa in collect. ad eum textum; & ante omnes eleganter Abbas consil. 37. 2. p. nu. 2. vbi testator distributionem quandam commisit quibusdam Consulibus cum consilio duorum hæredum ipsius, resuelue que los Consules auian y han de auer la distribucion con consejo y parecer de los dos herederos, y que no siendo assi serà nulla la distribuciõ, y lo defiande y ilustra. Videndus Federicus de Senis cons. 1. explicando el texto in dict. cap. vnico. §. 1. y Baldo in. l. necessitate n. 16. C. de bonis quæ liberis. Luego auiẽdo faltado en la dicha forma substancial los dichos Iurados, el nombramiento que cada vno hizo fue ninguno, iuxta text. in. l. cûm ij. §. ait oratio, de transact.

32 Y no escusa la verdad y certeza desta relacion y resolucion que cada vno de los dichos dos Iurados de la Collacion de Santiago,

tiago, que hizo su nombramiento, diga en el que le haze, auiendo tomado consejo y parecer de los feligreses, porque esto no consta, antes con euidencia se conoce no fue assi, porque claro està que auia de ser juntandolos a son de campana tañida: y nada desto huuo, ni consta, y de qualquier modo auia de ser segun el consejo y parecer que diessen los dichos feligreses, que se entiende la mayor parte, iuxta notata ab omnibus in rubrica & titulo de his quę fiunt â Prelatis sine consesu Capit. & scribentibus in.d.cap.vnico.§.1. Menochio vbi proximè.

33 Y esto no pudo ser, porque si la mayor parte de los feligreses dixeron y dieron por consejo se nombrasse a Don Christoual Laso, no la pudo tener D. Antonio Barba Soriano, a quien nõbrò el otro Iurado: y si este tuuo el consejo y mayor parte de los feligreses, no la pudo tener Don Christoual Laso: con lo qual se conoce no recibieron el consejo de los feligreses que se entiende de la mayor parte, pues no la podian tener entrambos. Con que totalmente el nombramiento es ninguno, y no puede dar derecho alguno.

34 Y finalmente porque supuesto que Don Iuan de Adalid tiene llamamiento del Fundador conjectural y legal como pariente mas cercano, este es el que tiene efecto, y los Patronos no podian presentar otro, como largamente està fundado en el primer Articulo. Salua in omnibus meliori tanti iudicis censura.

Doctor Don Gregorio de Portillo.